

ENTREGA DE FILHO MENOR À PESSOA INIDÔNEA. ELEMENTOS TÍPICOS ESSENCIAIS

Assessoria Criminal

Procedimento n.º E-15/3251/89

Origem: MM. Juizado de Menores da Capital

*Peças processuais relativas à menor em situação irregular, cuja adoção simples foi declarada nula e cuja saída do País, para residência com os pretendidos adotantes, foi denegada. Configuração dos ilícitos do art. 245 e seus parágrafos, do Código Penal, supõe elementos típicos essenciais, a saber: a presença real de perigo material ou moral para a menor, ou a *lucri faciendi causa*, ou o efetivo envio da menor ao exterior. Atipicidade da espécie: a adoção consensual, ainda que formalmente ilícita, fica no limite das conata próxima da exportação da menor e não há evidência de perigo para esta, ou de intuito de lucro dos envolvidos. Parecer pelo arquivamento das peças.*

PARECER

Cogita-se de peças encaminhadas à Procuradoria-Geral de Justiça pelo MM. Juizado de Menores desta Capital (fls. 2), extraídas de procedimento, que ocorreu perante aquele Órgão jurisdicional, originado de ofício de Departamento de Polícia Federal, onde se noticiava a pretensão de casal, radicado nos Estados Unidos da América, de levar para aquele país uma menor consensualmente adotada (fls. 3). À vista de explícita declaração de mãe biológica da menor, de não ter condições materiais para sustentá-la e educá-la (fls. 10), a douta Curadoria de Menores, reportando-se a estudo social do caso (fls. 44/46), manifestou-se, naquele procedimento, por denegar autorização para saída da menor do território nacional, desconstituí-se a adoção e remeterem-se cópias do processado à Corregedoria-Geral da Justiça e à Chefia do Ministério Público (fls. 39/43), entendimento integralmente acolhido pelo referido e MM. Juizado (fls. 65/67).

2. A flagrante ilicitude da adoção de menor em situação irregular (art. 2.º, I, b, do Código de Menores), por estrangeiros domiciliados no exterior, sem prévia autorização judicial (arts. 20 e 28 do mesmo Código), constitui infração administrativa, para cuja apuração já ordenou o MM. Juízo comunicante a remessa dos elementos necessários à Corregedoria-Geral da Justiça (fls. 66, *fine*).

3. Do ponto de vista criminal, as hipóteses a considerarem-se, no caso, são as do art. 245 e seus parágrafos, do Código Penal, que rezam:

"Art. 245 — Entregar filho menor de dezoito anos à pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo.

Pena — detenção de um a dois anos.

§ 1.º — A pena é de um a quatro anos de reclusão, se o agente pratica o delito para obter lucro, ou se o menor é enviado para o exterior.

§ 2.º — Incorre, também, na pena do parágrafo anterior, quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio do menor para o exterior, com o fito de obter lucro."

O tipo básico (*caput*) e sua forma qualificada (§ 1.º) são de crimes *próprios*, somente atribuíveis aos genitores do menor entregue e informados, ambos, do elemento objetivo do *perigo moral ou material*. A participação autonomamente punível do § 2.º prescinde desse elemento, mas supõe o dado subjetivo da *lucri facien- di causa*.

4. Ora, na espécie, o minucioso estudo social promovido através da Divisão de Serviço Social do MM. Juizado comunicante e trasladado às fls. 44/46 não deixa margem à entrevisão de qualquer risco moral ou material para a menor, em razão de sua entrega pela mãe. As informações ali reunidas dão conta de ser o casal, destinatário daquela entrega, social e economicamente ajustado, aparentemente capaz de receber a criança e dar-lhe irrepreensível assistência. O que consta dos autos não dá motivo a temer-se, em qualquer sentido, pelo destino da menor, assim no aspecto material como no moral, se submetida à custódia daquele casal.

5. Decerto, como lucidamente assinalado na r. sentença por cópia às fls. 65/67, releva o aspecto jurídico-político do direito da menor à proteção do seu Estado nacional, cuja perda é receável, dada a carência de instrumentos de direito extra-territorial, que assegurem a aplicação, além-fronteiras do país, de medidas assistenciais pela Justiça menorista. Mas, desenganadamente, não é a esse tipo de perigo que aludé o art. 245 penal, antes atinente às ameaças provenientes da própria *companhia* de quem recebe o menor — seja em razão de má conduta deste seja em conseqüência de sua incapacidade econômica ou física de mantê-lo são e educá-lo.

6. De resto, não há indícios, nas peças apresentadas, de que a mãe da menor se tenha disposto a entregá-la com propósito lucrativo, o que afasta a aplicabilidade da primeira forma do art. 245, § 1.º, já transcrito; e a segunda forma desse dispositivo “não incide (...), se o menor não chega a sair do nosso país” (cf. Delmanto, *Código Penal Comentado*, 2.ª ed., Rio, Renovar, 1988, p. 435).

7. Quanto à figura do § 2.º do mesmo artigo, não parece ter ocorrido verdadeiro “ato destinado ao envio do menor para o exterior”, tal não chegando a ser a adoção e o seu registro, inobstante feitos ao arrepio da lei. Nem a escritura de adoção, nem a averbação respectiva no assento de nascimento do adotado, são meios idôneos para habilitá-lo a sair do País — e tanto não são que a Polícia Federal lhe obsteu a saída (fls. 2/4).

8. Nem mesmo há falar-se de tentativa, teoricamente admissível, no crime em questão (cf. Delmanto, *op. loc. cit.*). Superadas as antigas hesitações doutrinárias a respeito (cf. Galdino Siqueira, *Tratado de Direito Penal*, 1.ª ed., Rio, Konfino, 1947, vol. I, n.º 467, pp. 573 ss.), está hoje generalizado o critério de distinção entre “atos preparatórios” e “atos de execução” pela ocorrência de “ataque direto e imediato ao bem jurídico tutelado” (cf. Hungria, *Comentários ao Código Penal*, 3.ª ed., Rio, Forense, 1955, vol. I, tomo 2.º, n.º 62, p. 82; Fragoso, *Lições de Direito Penal — Parte Geral*, 5.ª ed., Rio, Forense, 1983, n.º 232, p. 247), que, *in casu* é a assistência familiar. Impossível vislumbrar-se agressão a esta última em ato de adoção e em busca de autorização legal para saída de menor do País, inobstante a irregularidade da primeira e sobretudo levando-se em conta a frustração da segunda. A adoção irregular, como meio de retirada da menor do território nacional, seria inidônea, a configurar crime impossível (art. 17 do Código Penal).

9. Não se divisa, pois, sequer em tese, figura delituosa no caso sob exame.
10. Em conseqüência, o parecer é pelo arquivamento das peças de informação, s.m.j.

Sugere-se, contudo, dar-se, antes, ciência do expediente à douda Coordenadoria das Curadorias de Menores, para as providências porventura cabíveis, uma vez que a adoção declarada nula foi averbada no assento da menor com o *placet* de Órgão do Ministério Público (fls. 36).

Rio de Janeiro, 07 de julho de 1989.

Francisco das Neves Baptista
Promotor de Justiça

Aprovo.

Carlos Antonio Navega
Procurador-Geral de Justiça